Marmazo —



POR DON AGVSTIN DEL ADARVE y Cardenas, y don Tomas del Adarve su hijo.

(✱) EN EL PLEYTO (✱)

Con don Gaspar del Adarve y Cardenas, Escriuano de Camara de la Real Chancilleria de esta Ciudad.

En Granada. En la Imprenta Real. Por Francisco Sanchez, y Baltasar de Bolibar, a la entrada de la calle de Elvira, en la calleja del Correo viejo, año de 1650.



N Aqueste pleyto se ha dado informacion en derecho, en que por seis resoluciones se funda la justicia de los dichos don Agustin y su hijo, para que se le mande dar la possessiõ Real de los bienes del mayorazgo q̃ fundò don Gaspar del Adarve, y que agregò con las mismas cõdiciones y calidades don Melchor del Adarve su hermano, y aunque en el se funda ser aqueste mayorazgo de eleccion, y auer sido Real, y no personal la facultad de elegir sucessor, que el dicho don Gaspar dio al dicho don Melchor del Adarve su hermano, primero posseedo de el dicho mayorazgo. Sin embargo, para que con mayor euidencia se reconozca y manifieste lo susodicho, en quanto al pũto y resolucion de la eleccion se añaden las consideraciones siguientes, respondiendo a todo lo que parece que se podrà oponer por la parte contraria, para fundar no auer sido Real, sino personal la dicha el ccion.

2 ¶ Muy disputable ha hecho el punto, de si la facultad de elegir concedida por el instituydor del mayorazgo al primer llamado passa a los demas sucessores el entendimiento, y verdadera interpretaci n de los textos in l. si quis arbitratu, l. si stipulatus arbitratu, l. cum quidam 24. ff de legat. 2. l. vnum ex familia, §. rogo, ff. eodem, l. illud aut illud, ff. de optione legata, l. si legatum 75. §. fin. ff. de legat. 1. Porque vnos dizẽ que es personal: y otros, quod ad hęredes transit electio: conque los Doctores estan encontrados entre si; si bien la mas comun opinion es, y ha sido siempre el que sea Real, y no personal, como lo fundan latamecte los Doctores que se citan en la dicha informacion, num. 33. & præcipue el señor don Iuan de Larrea decis. 31. per totam, tom. 1.

3 ¶ Pero lo que parece, que mas puede obs-

obstar a la pretension desta parte, es la distincion q̃ los antiguos hazen en aqueste punto, videlicet aut electio competit nomine, & iure alieno, & tunc cẽsetur electa industria personę, & ad successorem nõ transit: at vero quando venit iure proprio est realis, & transit ad hęredes, ex doctrina Bartoli in l. si seruus, num. 1. Sebastianus de Medicis in tractatũ mors omnia soluit, 2. part. cõclus. 37. ibi: *Quod dictum intelligitur, quãdo talis facultas competit iure alterius, secus quando iure proprio habetur.*

4 ¶ De lo qual se pretenderá induzir, q̃ pues el sucessor del mayorazgo, non capit bona ab eligente, sed à primo institute, l. vnum ex familia in principio, ff. de legat. 2. Dom. Paz de tenuta, c. 59. num. 190. Dom. Molina de primogen. lib. 2. cap. 4. n. 5. & ibi eius Additionatores vbi alios cõgerunt.

5 ¶ Ni la eleccion que haze es en nombre suyo, neque iure proprio, sed alieno, l. vnum ex familia, §. si de falcidia, ff. de legat. 2. ibi: *Non enim facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium est*, melior text. in l. si adrogatus, ff. de adoptionibus, ibi: *Non iudicio eius ad eum peruenit, sed principali prouidentia.*

6 ¶ Y que assi siẽdo los mayorazgos de tal naturaleza, que eo ipso que se fundã, es visto ser en fauor de todos los de la familia, vt docẽt Dom. Molina lib 1. cap. 3. num. 14. & cap. 4. num. 49. Mieres de maiorat. 2. part. cap. 6. nu. 140. Dom. Castillo lib. 3. cap. 19. nu. 142. La facultad de elegir concedida al primer sucessor se deue juzgar personalissima, y no Real, neque transitoria ad maioratus successores vt in casu notant, & resoluunt in terminis Dom. Mo ina de primogen. lib. 2. cap. 4. n. 62. Dom. Gregor Lopez in d. l. 2. tit. 15. parti. 2. gl. 13. Pereira decis. 21. n. 4.

7 ¶ Verum his & alijs fundamentis non obstantibus contraria sententia, verior, & receptior videtur in iudicando & consulendo ex sequentibus.

Lo

8 ¶ Lo primero, porque aunque parezca que la eleccion en los mayorazgos non venit ex iure proprio, sed ex facultate data ab institutore, no se puede negar, que eo ipso que se le concede la facultad de elegir al primer sucessor, el acto de la eleccion viene a ser accessorio sequella, y execucion de la misma disposicion, y coherente a ella, veluti animaduertunt Cavedo decis. 143. num. 3. ibi: *Quia etiam in hoc casu tacitè facultas eligendi actui principali còhærens videtur translata*. Gamma decis. 206. num. 9. ibi: *Quia illud ius eligendi transit ad eos, ad quos ipsa res transit*, & eleganter Dom. Castillo lib. 5. cap. 87 vers. *Si inquam*, in medio, ibi: *Eidem etiam dispositioni siue maioratus institutioni, ius eligendi tanquam quid accessorium & necessariam.*

9 ¶ Y assi la eleccion se deue considerar tanquam facta ex iure proprio, que por la sucessión se le auia ya radicado, & si veniat in consequentiam iuris præambuli, vt infertur ex doctrina Bartol. in dict. l. si stipulatus fuerim illud aut illud, ff. de verborum obligat. num. 5. Iason num. 3. ibi: *Secundo limita istum textum, vt procedat in electione facti, quæ tamen competit pro executione iuris præambuli trausmissibilis ad hæredem, scilicet actionis quam habet defunctus ex stipulatione, vnde sicut actio transmittitur facultas eligendi, tanquam sequella, & executio iuris præambuli.*

10 ¶ Et in terminis itra resolvit Dom. Castillo, d. cap. 87. num. 25. d. vers. *Si inquam, in medio*, ibi: *Deinde ius ipsum eligendi, quamvis ex facto, & facultate institutoris maioratus procedat, iure tamen proprio, atque in executionem institutoris ipsius maioratus pertinet, prout etiam in contractibus, & in terminis dict. l. si stipulatus fuerim illud aut illud, ius eligendi iura actionis, siue iure propio competit; quod tamen ex consensu, & voluntate; simul promisoris procedit, & effectũ sortitur: quamvis ergo ex voluntate institutoris facultas eligendi originetur, non ideo desinit iure proprio ad primo nominatum pertinere, idque maximè attenta primogeniorum natura, eorumque perpetuitate, & irreuocabilitate.*

11 ¶ Lo segundo, porque siendole de tan grande

grande honor y vtilidad a el posseedor el nombrar quien aya de suceder, pues en virtud de su nombramiento se viene mas a dar la sucessión que de la voluntad del instituydor, supuesto que està en su mano el excluyr a los vnos, y llamar a los otros: no se puede negar, que aquesta eleccion, y sucession vengamos ex iure proprio nominantis, quam ex facultate instituentis maioratus, ex eleganti text. in l. si pignore 54. ff. de furtis, ibi: *Species enim lucri est ex alieno largiri, & beneficij debitorem sibi adquirere.* & in simili docet Paul. Parisio cons. 142. in fin. ibi: *Nominatio autem nullo pacto dici potest gratia Apostolica, sed Cardinalis nominantis, qui gratificat in personam, ad hoc notat in cap. relatum, de præbend. licet Cardinalis recipiat gratiam à Prælato.*

12 ¶ Et in casu Dom D. Iuan del Castillo, dict. cap. 87. num. 25. vers. *Si inquam,* prope finẽ ibi: *Rursus quamvis ius eligendi competat primo nominato ad vtilitatem alterius, eligendi scilicet competit etiam ad vtilitatem eiusdem nominantis, qui nominando maximũ commodum, & honorem, & vtilitatem consequitur, & in electione liberalitatem exercet, beneficiumque in nominatum confert, dum cum alijs prætulit.*

13 ¶ Lo tercero, porque atendiendo a la sujeta materia de que se trata, que es lo que principalmente se deue atẽder en qualquiera disposiciõ, l. si vna, ff. locati, l. si stipulatus, vbi Bart. ff. de vsuris, Surd. decis. 73. num. 15. & decis. 272. à nu. Dom. Castillo lib. 5. cap. 83. nu. 10. & notat in terminis ad denotãdum, quod sit reale, vel personale, elegantissime Bald. in cap. decreto, num. 1. ibi: *Porrò realitas cognoscitur, per hoc quod habet perpetuam causam, hæc consideratio probatur, ff. de legat. 2. l. peto, §. prædium, & l. 4. ff. de seruit. item actus sapiens realitatem, vel personalitatem, colligitur ex verbis, ex mente, & ipsius rei natura,* siendo la dicha facultad de elegir en vn mayorazgo perpetuo, se deue entender que es real, y dada a todos los sucessores, y no solo al primero llamado.

14 ¶ Y es en tanto grado cierta aquesta

B conclu-

conclusion, que aun quando las palabras de la disposicion dieran a entender lo contrario, y denotarã personalidad, adhuc por la sujeta materia, y perpetuidad della se deuiera tener por real, vt ex Romano, Bald & Felin. in cap. quoniam, Abbas num. 11. & in cap. quoniam, §. his autem, de offic. ordin. animaduertit doctissimè Ancharran. cons. 327. n. 2. in fin. ibi: *Quod sub ratione subiectæ materiæ, si est perpetua concessio, quæ alias esset personalis efficitur realis, & quod magni Doctores semper consueuerunt, concesionem in dubio esse realem, & impersonalem, ad text. in cap. quoniam Abbas, de offic. delegati; respondent eius decisionem procedere, quando specialiter fuit electa aliqua persona ad iudicandum de aliqua causa, confidendo de illa persona, & nõ de alia; & illius textus decisionem non haberet locum IN MATERIA SVCCESSIONVM, neque vbi adsunt coniecturæ perpetuitatis, imò ex eo quod dicatur testatorẽ habuisse particularem affectionem circa primum donatariũ, non est restringenda concessio ad illum, ed omnibus successoribus illius primi donatarij concessam fuisse censendum est; quam resolutionem tenuerunt Bald. & Roman. quos sequitur Felin. in cap. quoniam Abbas, num. 11. & in cap. quoniam, §. his autem, de offic. ordin. vbi num. 2. affirmat, quod quamvis in concessione apponantur verba personalitatem denotantia, ex subiecta materia inducunt realem cõcessionem.* Que es lugar tan en terminos, que solo por el y la grande autoridad de su Autor, fuera baſtãte para que la facultad de elegir de aquestos mayorazgos se tuuiesse por real, y no personal.

15 ¶ Y de aqui es, q̃ en los feudos por su perpetuidad tienen lo mismo Marin. Freccia de sub feudis, lib. 2. q. 44. num. 4. quem sequitur Dom. D. Ioan del Castillo lib. 5. cap. 87. num. 20. vers. *Præterea*, in fin. Addit. ad Dom. Molin. lib. 2. cap. 4. n. 62 vers. *Ampliatur*. ibi: *Ampliatur secũdo in feudis Marin. Freccia, quatenus probat talem facultatem eligendi cõcessam feudatariæ esse feudalẽ*: y por la misma razõ resueluen lo mismo en el emphiteosi, ex Surd. cons. 381. ñ. 54. lib. 3. & alijs, Additionat. vbi proximè, vers. *Ampliatur quinto*.

Y assi

16 ¶ Y assi siendo aquesta facultad de eligir en materia de sucession perpetua, y auiendo sido don Melchor del Adarve primero sucessor llamado con expressa calidad de que eligiesse sucessor, y auer el agregado cõ las mismas condiciones y calidades que su hermano, se deue entender, y repetir lo mismo en todos los demas sucessores, por la voluntad no solo verosimil, sino expressa de los fundadores naturaleza de la sujeta materia, y tãtas y tan grandes conjecturas que dello resultan de los llamamiẽtos, y clausulas de las fundaciones, vt probatur ex textu in l. Lucius, §. pater puerum, & §. sequenti, & l. fin. ff. ad Trebel. l. 1. ad finem, C. de imponend. lucratiua discript. Dom. D. Ioan del Castill. lib. 2 c. 4. præcipuè à n. 138.

17 ¶ Y lo resuelve en terminos eruditissimamente el mismo señor don Iuan del Castillo, d. cap. 87. num. 24. ibi: *Atque ita nomine maioratus, & tanquam successori, & personæ intellectuali concessum primo, in omnem maioratus successorem transire debet, nec cum primo nominato, cui eligendi facultas cõcessa fuit extingui, semper enim qualitas illa inest, & viuit vt concessio prima duret.* Et inferius ibi: *Primo itaque nominatus persona intellectualis, dicitur, & semper vna, & eadem in omnibus successoribus maioratus reputatur, vt qualitas eligẽdi insit semper successori.*

18 ¶ Pero aun quãdo todos los dichos fundamentos cessaran, por la volũtad de los dichos fundadores, que es la que rige y gouierna qualquiera disposicion, ex l. in conditionibus, ff. de condit. & demonstrat. Auth. de nupt. §. disponat, collat. 4 l. 40. Tauri, Pacian. cons. 63. num. 52. ibi: *Voluntas defuncti est, tanquam anima testamenti, quæ semper principaliter attenditur, vt sicut anima in corporibus humanis dominabitur, ita voluntas testamentis dominatur*; se deuiera juzgar por real la facultad de eligir de aquestos mayorazgos.

19 ¶ Vt probatur de no auer nombrado el primero fundador mas que a dõ Melchor su hermano primero posseedor, con la dicha facultad de eligir;

eligir; con lo qual es visto, que quiso que la tuuiessen todos los demas sucessores, porque si no lo quisiera assi, los nõbrara el, vt ait Flores Diaz de Mena in addit. ad decis. 206. num. 9. ibi: *Vtrum facultas nominandi successorem à conditore maioratus data primo vocato, censeatur in alijs successoribus repetita, ita quod semper succedatur per viam nominationis. Hæc decisio decidit, quod sic ex voluntate testatoris, qui alias particulares vocationes non fecit; quotidiè in praxi contigit, & est optimũ & singularis resolutio.*

20 ¶ Et quod magis est, que sea bastante para ello la voluntad tacita, presunta, y verosimil del fundador; admodum eruditè Dom. D. Ioã del Castillo dict. cap. 87. à num. 22. *Ac primo loco ponderanda erit testatoris institutorisve maioratus, tacita verosimilis, ac præsumpta voluntas, qui dum primo nominato eligendi facultatem concessit, neque vlterius ad alias vocationes, aut substitutiones progressus est, videtur eandem eligendi facultatem in cæteris successoribus repetere, ita quod per electionem semper succedatur, verosimile namque non videtur, quod alios successores non vocasset, alias substitutiones fecisset, si electionis maioratum perpetuum non instituere, & si aliter velet, id quod adeò facile posit non exprimeret, argum. l. vnic. §. sin autem, C. de caducis tollẽdis, & ibi Bald.*

21 ¶ Y en el num. 25. auiendo repetido estas y otras elegantissimas palabras, concluye ser aquesto en lo que consiste la verdadera y fundamẽtal resolucion deste punto, ibi: *Ex quo aliquam vocationem, aut vocationes institutor maioratus nõ fecit, & eo ipse perinde haberi debet, ac si omnibus successoribus eligendi facultatem specificè concesisset: idque tam ex vi tacitæ præsumptæque volũtatis, quam ex vi repetitionis, & qualitatis electionis primo concessæ, & in cæteros tacitæ repetitæ, vt supra diximus, & in his consistit vera & fundamẽtalis huiusce resolutionis, & sententiæ QVAM TVEMVR.*

22 ¶ Y no obstarà si se opusiere, que respeto de que don Gaspar del Adarve, primero fundador, llamò primero que al dicho don Melchor del

del Adarve su hermano, a don Melchor del Adarve su hijo natural, y que al dicho su hermano le restringiò su voluntad a los descendientes de su padre y de su abuelo, no se puede aplicar al caso deste pleito los lugares referidos, quia vbi non conueniunt verba legis, neque eius dispositio, l. 4. §. toties, ff. de damno infecto, l. constitutum, ff. de militar. testam. cum alijs iuribus vulgaribus.

23 ¶ Quia multipliciter respõditur. Lo vno, porque en qualquiera fundacion son tantas las disposiciones, y donaciones, como son los llamamiẽtos, Dom. Molin. de primog. lib. 1. cap. 1. num. 17. & ibi exornant Additionatores, Mario Giurb. decis. 108. à num. 11. Mieres de maiorat. 2. p. q. 10. n. 9. Dom. Valençuel. cons. 23. num. 9. & cons. 60. n. 14. D. Castillo lib. 5. c. 95. §. 8. nu. 9. & tom. 6. c. 161. n. 11. & 19.

24 ¶ Y no auiendo tenido efecto el llamamiento de don Melchor del Adarue, hijo natural del primer fundador, por auerse acabado con su vida, llegò el caso del de don Melchor del Adarve su hermano, a quien dio la dicha facultad de eligir, y sucedio por su llamamiento sin dependencia del antecedente, argum. l. si seruus communis, §. fin. ff. de stipulat. seru. l. ex facto, §. item quero, ff. de vulgari, ibi: *Magis autem est in vtroque eorum tempus separatim servari*, l. antiquitas, vbi glos. verbo, *cũ hærede*, C. de vsufructu, *& siue erunt duo vsufructus, & quilibet solitis finitur modis*, optimè Bald. cons. 373. nu. 9. lib. 1. ibi: *Legatum diversum per tempora, scilicet primo dum viuit*, & idem in cõs. 374. lib. 1. Gratian. discep. forens. tom. 2. c. 247. n. 10. & 11.

25 ¶ Y assi auiendo cessado el primero llamamiento con la muerte del hijo natural del dicho don Gaspar, empezò a tener efecto el segũdo, que en quanto a la facultad de elegir vino a ser el primero, y desde el solo se ha de entender y repetir aquesta calidad, ex text. in l. quæ conditio, in 2. p. ff. de condit. & demonstrat. ibi: *Eam referre debemus ad eum duntaxat gradum*, & ibi glos. verb. *gradum*, porque el

fundador puede muy bien hazer vnos llamamientos con vnas calidades, y los otros con otras, Peregrin. de fideicommiss. art. 25. num. 26. ad mediũ, vers. *Neque enim inconuenit*, vbi Anchari. Hieron. Gabriel, & alios congerit.

46 ¶ Lo otro, porque el dezir el dicho don Gaspar del Adarue, que primero se llamassen todos los descendientes de su padre, y despues de su abuelo, no excluye lo que vamos fundando, porque para ello era necessario, que se huuiessen fecho diferentes llamamientos particulares, vt probatur ex loco, Flores Dias de Mena in addit. ad decis. 206. n. 9. ibi. *Hæc decisio decidit, quod sic ex voluntate testatoris, quia alias particulares vocationes non fecit.*

47 ¶ Y si bien se considera, es aquesto lo que mas califica, y manifiesta la justicia desta parte, porque mandando el dicho fundador que don Melchor de Adarue su hermano, eligiesse sucessor con tanto que fuesse de los descendientes de su padre, y abuelo, vino a concederle amplia, y libre facultad de eligir entre ellos, y assi cõ eligir se a qualquiera descendiente de los susodichos, & si remotissimus, se cumpliò con la volũtad del dicho fundador, ex l. vnum ex familia 69. §. si de falcidia, vers. *Quid enim*, ff. de leg. 2. ibi: *Itaque si cum fortè tres, ex familia essent eius qui fideicommissum relinquit eodem, vel dispari gradu, satis erit vni reliquisse*, & tradũt Dom. Molin. de primog. lib. 2. cap. 5. num. 4. & 5. ibi: *In hoc tamen maioratu, in quo ex libera electione succedẽdum est, non est seruandus successionis ordo, sed libera electionis facultas electori relinquenda est, vt possit eligere etiam remotiorem*, Mieres de maiorat. 1. part. quæst. 72. nu. 2. Pereira decis. 8. á nu. 1. Phebo decis. 38. num. 1. D. Franc. Heronim. de Leon decis. 24. num. 18. Dom. Paz de tenut. 2. part. cap. 59. nu. 12. Dom. Castill. lib. 2. cap. 26. nu. 64. ad medium.

48 ¶ Y siendo el dicho don Agustin, de que no se puede dudar, descendiente de los susodichos, como hijo de don Lazaro del Adarue, herma

no

no de la parte contraria, fue la eleccion legitima, y se le pudo muy bien elegir por don Alonso de el Adarue vltimo posseedor. Ora sea natural, como lo es indubitablemẽte: ora sea expurio, de que no ay prouança legitima; pues por esta calidad no se le quita la de *descendiente* de los que el dicho fundador mandó que se eligiessen, vt probatur in allegatione principali, resolut. 5. per tot.

49 ¶ Y se manifiesta, y conoce mas la voluntad del dicho don Gaspar del Adarve, primero fundador, de que el dicho don Melchor del Adarve su hermano, como quien tambien sabia su voluntad, no solo hizo agregacion de sus bienes a el mayorazgo que auia fundado el dicho su hermano con las mismas condiciones y calidades que se contienen en el, si no assimismo en virtud de la facultad que tenia de eligir, hizo nombramiento en don Alonso del Adarve, vltimo posseedor, persona en quien concurrian las calidades que auia dispuesto su hermano, por ser descendiente de su padre y abuelo; y a no saber que tenia la dicha facultad de eligir, no dixera que le nombraua y llamaua para la dicha sucession, como lo dixo ibi *Llamo y instituyo*, si no tansolamente huuiera declarado ser el dicho don Alonso del Adarve en quien se diferia la dicha sucession como en su hermano y deudo mas propinquo, y mayormente no haziendo como no hazia fundacion nueua, si no q̃ solo agregaua sus bienes a la antigua, con lo qual aunque el no lo expressara, auia de suceder en todos los bienes, assi de la primera fundacion, como del dicho agregado el dicho don Alonso del Adarve su hermano, quia idem iudicatur de augmento, quod de principali, cui adiungitur l. etiam, vbi Bart. & Baldo, C. de iure dotium, Alex. Ludouis. decis. 132. num. 8. & decis. 544. nu. 14. & multos congerens Dom. D. Ioan. del Castillo cap. 155. nu. 10. tom. 6. & de vsufructu cap. 37. n. 23. & 25.

50 ¶ Y se esfuerça, y comprueua mas aquesto de ser aquesta disposicion de persona que

al-

alcançò a el primer fundador su hermano, y tan dilecto suyo, que le llamó a el solo sin passar a otros a la dicha sucession, dandole facultad de nombrar a el que quisiesse de los descendientes de su padre y abuelo, con que se deue entender que entre ellos se auia conferido la forma de la dicha sucession, y que la facultad de elegir fuesse para todos los sucessores, lo qual siendo tan verosimil, y ajustado a qualquiera discurso, y a la disposicion de derecho, deue obrar mucho en el dignissimo arbitrio de V. m. porque nadie pudo tambien conocer la voluntad del dicho don Gaspar, como el dicho don Melchor, su hermano, y sucessor en todos sus bienes, vt probat Cephalus consi. 183. num. 71. Menoch. consi. 549. num. 5. libr. 2. Burgos de Paz in procemio legum Tauri, num. 314. in fin. y juzgarle el derecho por sabidor de toda la disposicion, y voluntad del difunto, y que con el la tenia comunicada, vt ait Iustinianus in §. sed neque heres, Instituta de testament. ordinandis, ibi: *Quia totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem, & hæredem agi.* Y principalmente quando juntamente con la institucion concurre la cercania del parentesco, optimè Mieres de maioratibus, in initio secundæ partis, à num. 431. ibi: *Quod maximè procedit vbi hæres est coniunctus, & est consanguineus testatoris.*

51 ¶ Y en el caso presente, no solo fue el dicho don Melchor de el Adarve sucessor de todos los bienes del dicho D. Gaspar, y tan dilecto suyo, que le diò amplia, y libre facultad para poder eligir, y nombrar el descendiente que quisiesse de su padre, y abuelo; si no que assimismo era su hermano, persona tan conjunta, que el derecho le juzga por vna misma cō el suyo, y que les anima vn mismo espiritu, diuidido entre los dos, vt elegantissimè Quintilianus, acclamat. 321. ibi: *Nam quid est aliud fraternitas, quam diuisus spiritus*, & vt inquit Petrus Migidius apud Hedium lib. 12. cap. 10. *Frater dicitur quasi ferè alter.* Y lo comprueua con grandissi ma

ma erudicion el señor D. Iuan Bautista Valençuela cons. 98. num. 23. & nouissimé Escobar à Corro de puritate, & nobilitate probanda 1. part. quæst. 14. §. 14. num. 12. vbi alios multos congerit.

52 ¶ Y assi parece que se deue atender mucho a la disposicion del dicho don Melchor, para conocer la voluntad del dicho su hermano, vt præter relatos considerat Bartol. in l. erit 87. ff. de adquirenda hæreditate, & cum Bald. & alliis, Tiberio Deciano cons. 34. lib. 3. n. 94. ibi: *Quia nemo præsumitur magis scire volũtatem defuncti, quam ipsius testatoris hæres, & potest ipse voluntatem defuncti declarare, & ex eius dictis, & factis interpretari volũtatem defuncti:* & vlterius ibi: *Et certé hæc videtur vrgentissima coniectura, ni fallor ad probandam voluntatem D. Iguardi.* & idẽ probat D. Molina de primogenijs, lib. 1. cap. 8. num. 38. ibi: *Quod si ea interpretatio verosimilis sit à iudicibus sequenda, & saltim summe consideranda, atque stimanda erit.*

53 ¶ Y como queda fundado con el autoridad del señor don Iuan del Castillo, y demas citados en los numeros antecedentes para que se prueue que la facultad de eligir por la voluntad del fundador, es real, y no personal, no es menester que sea expressa, si no basta que sea verosimil, presumpta, y conjecturada, y assi en el caso presente parece que queda euidentissimamente prouado que la del dicho don Gaspar del Aduarue lo fue de que todos los sucessores en el dicho mayorazgo tuuiessen la misma facultad de eligir, que auia dado al dicho don Melchor de el Adarve, su hermano.

54 ¶ Y finalmente quando las palabras, y facultad cõcedida en la primera fundacion tuuiessen alguna duda, y no bastara el ser la dicha facultad de eligir concedida en materia perpetua, y la voluntad del fundador no estuuiera tan verificada con las presunciones, y conjecturas referidas, bastara para que se determine en fauor de aquesta parte, el no constar claramente de lo contrario,

 pues

pues en duda quando concurren algunos indicios, y presunciones, con la circunstancia de no auer el fundador hecho mas llamamiento que el primero con la facultad, y calidad de elegir, como en el caso presente sucedió, se deue juzgar, y tener por real la dicha facultad; y auerse concedido a todos los demas sucessores, vt in caso optimé concludit D.D. Iuan del Castillo, dict. cap. 87. num. 27. ibi: *Quando ergò in dubio versemur, neque expressa adsit dispositio, siue etiam conjecturata ex manifestis tamen conjecturis deducta, ex qua dilucide appareat, quid post electionem factã à primo nominato fieri debeat, siue qualiter succedi, an ex electione etiam, an ex consuetudine, & legibus Hispaniæ institutor maioratus si in futurum voluerit, quando etiam ex forma, aut serie verborũ (ad quã multum attendendum est prout Pelaez à Mier. 2. p. q. 6. n. 278 in 2. edict. rectè notaui) certa voluntas nõ deducitur, siue verba ipsa dispositionis non repugnet, eam quidem amplectendam, & veriorem credimus sententiam quam tuemur facultatem, in quam eligendi concessam primo successori, pariter concessam censeri omnibus successoribus, & velut necessariam, & præcisam esse eam interpretationem, vbicunque is qui maioratum perpetuum instituit, primò dumtaxat nominato facultatem eligẽdi, siue nominãdi concessit, neque vltra processit, nõ enim verosimile est (vt supra dicebam) quod vltra non progrederetur, & electo à primo nominato finito modum succedendi nõ statueret, siue vocationes, aut substitutiones, alias nõ faceret, siue maioratum ipsum electiuum esse non voluerit.*

55 ¶ Neque prædictis obstauit el q D. Gaspar del Adarve en la fundació, y institució q hizo en D. Melchior del Adarve, su hijo natural, huuiesse llamado despues del a sus hijos legitimos, y que assi no siendolo don Agustin del Adarve, no se deue admitir a la sucession de aqueste mayorazgo, por deuerse repetir la dicha calidad en todos los posseedores y sucessores del, ex doctrina Bart. in l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebel. D. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. nu. 6. Gamm. decis. 354. num. 4. Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 5. tit. 1. num. 20.

Quia

56 ¶ Quia multipliciter respondetur. Lo vno, que la disposicion, y llamamiento que el dicho don Gaspar hizo en su hijo natural, no tuuo efeto, por auer muerto sin dexar hijos, ni descendientes, con que cessó la dicha disposicion, ex elegāti textu, in l. Titio vsufructus, ff. de conditionibus, & demostratibus, ibi: *Libertas non valet, quia conditio, neque initium accipit*, cap. cum verò 22. quæst, 2. cap. sicut ex litterarum de homicidio, y lo mismo procediera en caso que la disposicion huuiesse tenido efeto, y huuiesse faltado despues como faltò, por auer muerto sin hijos, ni descendientes, por obrar lo mismo el dexar de ser vna cosa, ó no llegar a tener efeto, ni principio, ex l. 3. §. 1. ff. vsufructus quemadmodum caueatur, ibi: *Desinere, pertinere vsumfructū accipimus, etiam si nec cœperit pertinere, quamuis legatus sit, & committetur, nihilominus stipulatio quasi desinat pertinere, quod nec cœpit*, & inde euenit, quod dicitur deficere conditionem, quę nunquam extitit, l. 1. §. & cum tiplici, C. de caducis tollendis, l. C. de in dicta viduitate tollēda, l. nam, & sub conditione, §. post defectum, ff. de iniusto rupto.

57 ¶ Lo otro, porque aun en caso que la disposicion q̃ don Gaspar del Adarve hizo en su hijo natural, huuiesse tenido efecto auiendo cessado, y en su defeto entrado la segunda disposicion electiua, que es la sobre que oy se trata, no le pudiera, ni puede obstar a el dicho don Agustin, el que en la primera disposicion huuiesse llamamente absoluto de legitimos, porque aqueste llamamiento solo se aurà, y deue entender en la dicha primera disposicion, y respeto de las personas en quié se puso: pero no respeto de otros llamamientos, y de diferentes personas, y en diferente fundacion, y disposicion, como fue la que hizo a falta de los hijos de su hijo natural, vt ex communi DD. dispositione resoluunt Petra, de fideicomm. art. 14. nu. 2. & sequentibus, optimé Peregrinus de fideicomm. quæst. 2. num. 33. & 34. plenissimé Simon de Piætis lib. 3. interpretat. 3. dubio 1. solut.

lue. 10. num. 25. Petrus Surdus conſ. 529. nu. 31. volumine 4. Franciſcus Burſatus conſ. 244. nu. 2. vol. 3. y en eſto no ay, ni puede auer dificultad, porque muchas vezes ſucede proueer el teſtador vn caſo, y omitirr otro, vt in l. commodiſsime, ff. de lib. & poſth. y dar forma extraordinaria en algunos grados, y no darla en otros, vt in l. quę conditio, ff. de condit. & demonſtrat. ibi: *Atque conditio ad certas perſonas accommodata fuerit eam referre debemus ad eum DVNTAXAT gradum quo hæ perſonæ institute fuerunt.*

58 ¶ Y por el miſmo caſo que ay, y ſe halla en las dos diſpoſiciones tan diferente forma de diſponer, pues la vna es regular, y la otra electiua, es mas llano, y cierto que lo diſpueſto en los vnos no ſe puede adaptar en los otros, vt in l. coheredi, §. qui diſcretas, ff. de vulgari, & eſt celebris doctrina Baldi in l. in multis, ff. de ſtatu hominum, quia nunquam vnum includitur ſub alio, vbi de vtroque ſeparatim diſponitur, vt in l. cum ex filio, §. 1. ff. de vulgar. vbi Bart. Paul. & alij DD. Hiero. Grabr, conſ. 95. nu. 7. lib. 1.

59 ¶ Con que auiendo ſido tan diferentes las dichas diſpoſiciones, y en tã diferentes clauſulas, y oraciones el llamamiento de legitimos, no ſe deue entender, ni repetir en todos, vt in inuocatione maſculorum ait Dom. Molina de primogen. lib. 3. cap. 5. á num. 59. vſque ad 62. Pereg. de fideicomm. art. 23. num. 33. Molino de ritu nuptiarum, lib. 3 cap. 24. ex num. 79. Ramonio conſ. 100. num. 392. & 394. & multis Additionatores, ad Dom. Molin. vbi proximé. Y aſsi parece que la calidad de los llamamientos de la primera fundacion no ſe deuen repetir en la ſegunda.

60 ¶ Lo otro, porque ſi bien ſe conſidera la diſpoſicion del dicho don Gaſpar del Adarve, no eſtan por ella excluydos los hijos naturales, porque en el primer llamamiento que haze de D. Melchior del Adarve, ſu hijo natural, ſolo llama a los hijos del ſuſodicio, y deſpues del *a ſus hijos, y deſ*

cendientes

cendientes, sin poner la dicha calidad de legitimos, y los hijos naturales, como lo es, y està prouado con cluyentemente serlo el dicho don Agustin, no solo se comprehende debaxo del llamamiento de hijos, si no que excluye a qualquiera substituto, vt probat text. expressus in l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebelianum, ibi: *Si quis rogatus fuerit, vt sine liberis decesserit restituat hæreditatem, Papinian. lib. 8. respons. scribit etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio*: & idem probat elegans text. in l. vltima, ff. de iure liberorum, & l. Iulianus 90. §. vltimo in fin. ff. de legat. 2. & concludunt Bart. Angel. & Alex. in dict. l. ex facto, §. si quis rogat, ff. ad Trebellian. num. 5. Corrasio lib. 1. miscelaniar. cap. 7. num. 1. Mantica de coniect. vltimar. volunt. lib. 11. tit. 9. á num. 2. Peregr. de fideicom art. 28. nu. 39. & 45. Y que aquesta sea la opinion mas cierta y recibida, Augustin. Barbos. appellat. 99. nu. 19. y aquesto mismo dize el señor don Iuan del Castillo lib. 5. cap. 2. à num. 48. y Pedro Surdo en el cõsejo 89. lib. 1. num. 36. & seqq. que son lugares q̃ mas fauorecen la opinion contraria, porque como de ellos mismos parece, solo procede su resoluciõ quando en el primer llamamiento ay la dicha calidad de legitimos, para que por ello sea visto repetirse en los demas: pero no quando solo estan llamados los hijos, que entonces ellos mismos lo limitan en fauor de lo que se và fundando.

61 ¶ Lo otro, porque ni en el segundo llamamiento, que es en donde se haze mencion de legitimos, no lo estan llamados absolutamente, ni con exclusion de los que no lo fuessen, si no antes estan expressamente llamados otros qualesquier descendientes de el primero llamado, vt patet ex verbis prædictæ vocationis, ibi: *Si el dicho don Melchor del Adarue mi hijo natural muriere sin dexar hijos legitimos, ò qualquiera de sus descendientes*, que fue lo mismo que si dixera que sucediesse qualquiera descendiente del dicho don Melchor de qualquiera calidad que fuesse, quia illa litera, *O*, siue ponatur pro

dictione, *aut*, siue, *vel*, semper est disiunctiua, & ponitur inter diuersa, vt in dictione, *aut*, probant textus in l. ille aut ille, ff. de legat. 3. l. si ex toto, § vlt. ff. deleg. 1. l. item si susceperit, ff. de procurat. l. 3. cũ duabus seqq. ff. de donat. caus. mort. Mandosio in regul. Cancelar. quæst. 10. num. 10. Nata cons. 35. num. 17. vol. 2. Menoch. cons. 106. num. 46. & in dictione, *vel*, probatur ex Rub. 6 ff. de adquirend. vel omittend. hæredit. & tradunt Bart. in l. supra, §. officium in fin. ff. de aqua pluuia arcend. Gonçalez in reg. 8. Cancel. glos. 48. num. 17. & glos. 52. num. 3. Menoch cons. 416. num. 16. latè Agustin. Barbosa dict. 415. à n. 1.

62 ¶ Et præsertim, siguiendose a las dichas dicciones la palabra, *qualquiera*, que es vniuersal, & comprehendit omnes, & etiam inhabiles, vt cum pluribus resoluit Augustin. Barbos. dict. 320 num. 1. 2. & 3. ibi: *Et adeò est vniuersalis, vt comprehẽdat etiam omnes inhabiles ad acusandum.*

63 ¶ Con que vienen a estar llamados, no solo los legitimos, si no tambien los naturales, quia comprehenduntur appellatione descendentium, ex late congestis in allegatione principali, à num. 44. & sequentib. præcipuè á Dom. D. Ioan. Baptista de Larrea decis. 32. per totam, & præter ibi relatos Escobar à Corro de purit. & nobilitat. probanda 1. p. q. 4. à n. 3.

64 ¶ Y aun por la generalidad, y comprehension de las dicciones dichas, *ò otro qualquiera de sus descendientes*, lo vendran à estar assimismo los bastardos y espurios, & ex illicito, & criminoso cõcubitu, ex glos. 1. in cap. ad nostram de probationibus, optimé Mantic. de tacitis & ambiguis coniectur. lib. 11. tit. 9 num. 25. Menoch. de presumpt. lib. 4. presumpt. 78. n. 69.

65 ¶ Y se manifiesta ser aquesta la cierta y verdadera inteligencia del dicho segundo llamamiento, de que en el primero en donde se llamò al dicho don Melchor del Adarue hijo natural de el fundador, no llama legitimos, ni haze mencion de ellos,

ellos, sino solo a los hijos y descendientes del suso dicho, con que las demas substituciones se deuen entender en la misma forma, quia institutio prestat lumen substitutioni, ex l. 1. C. de impuberum, vbi notant Bart. quem alij sequuntur Gama decis. 354. num. 4. & decis. 160. nu. 9. Caued decis. 143. num. 4. part. 1. & ex præcedentijs potius declarantur sequentia, quam è contra, l. nam ad ea 72. ff. de condit. & demonstrat. Cardin. Tusch. verbo, *repugnantia*, conclus. 203. num. 22.

66 § Y assi antes se deue entender que por las palabras del dicho segundo llamamiento, ibi: *O otro qualquiera de sus descendientes*: quiso el fundador declarar, y manifestar mas su voluntad, para que se entendiesse, no solo estar llamados los legitimos, si no tambien qualesquier hijos y descendientes del primero llamado, aũque no lo fuessen, que no el que los quisiesse excluyr, no estãdolo en la institucion, y llamamiento antecedẽte, quia ex vicinitate scripturarum desumitur interpretatio voluntatis defuncti, l. si seruus plurium, §. vltim. ff. de leg. 1. vbi Accurtius notat: *Quod vicinitas scripturarum significat qualis fuerit disponentis voluntas*, l. heredes palam, §. sed etsi notant, ff. de testament. ibi: *Vtique placet coniecturam fieri eius quod reliquit, vel ex vicinis scripturis*, l. qui filiabus in princip. ff. de leg. 3. Menoch. de præsumpt. lib. 1. præsumpt. 18. nu. 3. & 4. Afflict. decis. 44. nu. 27. & plurima adducens D. Castillo lib. 4. c. 50. n. 5.

67 § Neque predictis oberit, si se replicare no poder ajustarse lo susodicho a el caso de este pleyto, porque don Agustin del Adarue, como la parte contraria pretende, no es hijo natural, si no espurio de don Lazaro del Adarve su padre, y assi no comprehenderse en el dicho llamamiento de descendientes; porque demas de que aquesta conclusion tiene mucha dificultad, vt optimè resoluit Farin. decis. 388. nu. 8. tom. 1. nouissimar. & præcipuè quando en el llamamiento se vsò de las di-

chas

chas palabras, *ó otra qualquiera*, vt proximé fundauimus.

68 ¶ El dicho don Agustin del Adarue, como está prouado concluyentissimamente, es hijo natural, y su padre le dexó reconocido por tal, y por serlo la parte contraria, transigiò con el otro pleyto que tuuo sobre la sucession de otro vinculo, y estando preso por deudas, reconociendo que como a hijo natural le aprouechaua la nobleza de sus ascendientes, vt probat l. 1. tit. 11. part. 7. & ex multis fundat Ioan. Garc. de nobilit. glos. 20. nu. 36. & cum alijs quam plurimis Dom. Perez de Lara de vita homin. cap. 7 nu. 61. le diò su carta executoria, para que se valiera de ella, y saliesse de la prision, que son actos que totalmente excluyen el ser hijo espurio, ó por lo menos quando no basten mas que para ofuscar la prouança de la parte contraria, que es mucho inferior, y que quede dudoso el si es hijo natural, ò espureo, en duda se deue presumir que lo es natural, vt euitetur suspitio delicti, quod quis coitum damnatum commisserit, & sic tenent Baldo cons. 448. num. 4. lib. 1. Aymon Craueta cons. 166. num. 1. cum sequentib. & cons. 138. num. 1. Dom. Couarr. in 4. decretalium 2. p. cap. 8. §. 3. in princip. Peregrin. de fideicom. artic. 21. num. 90. Surdo de aliment. tit. 1 quæst. 10. n. 37. Mant. de coniect. lib. 4. tit. 39. num. 30. Dom. Perez de Lara de vita homin. cap. 7. num. 48. & bené Casanate cons. 8. á num. 10. & seqq.

69 ¶ Y en el 47. quod si dubitetur an témpore conceptionis, vel partus parentes potuerunt contrahere matrimonium, se ha de presumir en fauor del parto; que en qualquiera de los dos tiempos pudieron los padres contraer, para que el hijo se tenga por natural, & idem argum. text. in cap. inter vteras de rescript. Burgos de Paz cons. 46. n. 24. que todos son lugares indiuiduales para la determinacion deste pleyto, y que hazen segura la pretension desta parte.

70 ¶ Mayormente hallandose, como se

se halla en la quasi possession de tal hijo natural, vt cum plurimis iuribus & Doctoribus probat D. Perez de Lara dict.cap.7.num.49. Mieres de maioratib.3.part.in initio,num.22.in 2.edit. y es tã fuerte la dicha quasi possession, q̃ ni aunq̃ tuuiera contra si el dicho don Agustin la declaracion de su padre, no le pudiera prejudicar, cap.transmissa, qui filij sint legitimi, l.Imperatores, §.fin.ff.de probationib l.9.tit.4.part.3. Dom. Lara vbi proximè, y el dicho don Agustin, demas de la dicha confession, y reconocimiento de su padre, que es bastante para que se le tenga por tal hijo natural, ex l. 11. Tauri, l.9.tit.8.lib.5.Recop.tiene por si el reconocimiento de la parte contraria la prouança tan cõcluyente que tiene con testigos de vista, de que a el tiempo que nació su madre era viuda, y estaua tenida por tal, y los demas actos que se refieren en la alegacion principal, resolut.4.per totam, que son bastantes, no solo para cõstituyrle en la dicha quasi possession, si no para que se tenga por prouada plenissimamente.

71 ¶ Y finalmente se califica, y comprueua aqueste discurso, que auemos fundado desde el num.57.y los siguientes, de que el llamamiento y mencion de legitimos no se ha de repetir mas que en los descendientes de aquellos en quien fue puesta la dicha calidad, y no en los otros llamamiẽtos en que no se hizo relaciõ della, porque en ellos pudo el fundador tener alguna causa que le mouiesse a ello con la singular y elegantissima decisiõ 388. de Farinacio, & præcipuè num.7.donde dize auerse determinado assi en la Rota, ibi: *Difficultas igitur reduci videbatur, an in proposito casu testator voluerit, quod spurius legitimatus excluderet substitutum, & pro affirmatiua fuit tentum, quia testator in descendentibus Pyrrij, qualis est dominus Hercules, nullis vsus fuit verbis denotantibus legitima natalia, sed simpliciter fecit mentionem de descendentibus, quod verbum, descendens, est naturale, vnde aptum comprehendere etiam naturales.* Et in n.11. ibi: *Vndè non sine mysterio expressionem talis qualitatis*

in descendentibus Pyrrhi videtur omisisse. Y entrambas conclusiones las funda con muchas y grandes autoridades: con lo qual parece que queda sin ninguna duda que el dicho llamamiento, y enunciacion de legitimos, no puede ser de embarazo, ni impedimento alguno a la pretension del dicho don Agustin.

72 ¶ Pero quando lo susodicho pudiera tener alguna duda, que no la tiene, en quanto a el dicho don Agustin del Adarve, respecto de dō Tomas del Adarve su hijo, no parece que la puede tener, porque demas de los fundamentos y razones referidas en su fauor en la resolucion sexta y vltima de la informacion que se ha dado en este pleyto, que por si solas fueran bastantes para afiançarle el buen sucesso que esperamos en el, le asisten otros muchos, y muy grandes fundamentos, que hazen euidente su justicia.

73 ¶ El primero, por el autoridad de tātos, y tan grandes Doctores que assi lo tienen, y resueluen en terminos, demas de los que se citan en la dicha informacion, num. 83. y de los que citan, y refieren los Adicionadores del señor Melchor de Molina lib. 2. cap. 11. in num. 26. vsque ad 30. versicul. *Limitatur tertio*, porque aunque es muy disputable la question, si excluydo de la sucesion el padre por el defecto de la legitimidad pueda suceder su hijo legitimo; la verdadera y comun resolucion es, que puede suceder sin que le obste la ilegitimidad del padre, porque siendo el legitimo, y de legitimo matrimonio nacido, y procreado, se halla con la calidad de legitimo, que por la fundacion se requiere, vt optimé prædictis Doctores concludunt, maximè Cephalus cons. 103. per totum, & præcipuè á num. 3. Guido Pancirolo cons. 169. num. 13. Francisco Beccio cons. 138. lib. 2. donde responden à todos los fundamentos que se oponé, y pueden oponer por la opinion contraria, & præter eos idém singulariter resolvunt.

74 ¶ Christophoro Torniolo cons. 85. num.

num. 18. verſ. 2. vbi latiſsimè comprobat, & defendit hanc opinionem Ancharr. 355. num. 1. verſicul. *Secundum dubium*, en dõde habla en terminos aun mas apretados: nempé, en vn patronazgo de cuya ſuceſsion eſtauan excluydos los eſpurios, y baſtardos, y con todo eſſo admite a ſus hijos legitimos, Antonio de Butrio conſ. 29. verſ. *Secundum dubium*, Rocho de Curt. de iure patronat. num. 8. verbo, *competens alicui*, verſ. *Reperio tamen in hoc puncto*, Lambertin. de iure patronat. 2. part. lib. 1. q. 2. art. 32. per totam, Scipion Theodoro en la alegacion primera, num. 76. donde reſuelue, que el vicio perſonal de la madre no prejudica a los hijos quando ſuceden por ſu propia perſona, Alexand. Raudenſ. conſ. 1. num. 27. lib. 1. Geronimo Gonçalez in reg. 8. Cancellar. gloſ. 5. in princip. nu. 109. vſque ad fin. el qual doctiſsimamente reſuelue eſte punto, y alega dos deciſiones de la Rota. Y en el num. 121. haze vna diſtincion muy ajuſtada a el caſo deſte pleyto, videlicet, quando el llamamiento no ſe concibió por palabras ciuiles, ſino por naturales, llamando a los *parientes*, y *deſcendientes*, como en el caſo preſente lo eſtan. Y con aqueſta miſma diſtincion procede Graciano diſcept. forenſ. c. 218. num. 19. optimè Gutierrez conſ. 3. num. 13. & ſeqq. & eleganter Marta in ſumma totius ſucceſsionis legalis 2. part. quæſt. 14. art. 5. num. 22. el qual diſputa la queſtion con las razones de vna y otra parte, y queda con eſta opinion Peregrino de fideicommiſſ. art. 27. donde diſputa largamente la queſtion de la excluſion de varones de hembras, quando ellas la tienen, y en el num. 18. ait: *Niſi perſona illa excluderetur ob aliquam qualitatem, quæ ceſſaret in deriuantibus ab ea*. Lo qual ſe ajuſta a el caſo preſente, porque a el dicho don Tomas no le falta la qualidad de legitimo, y aſsi no le pudiera perjudicar el q̃ por faltarle la dicha calidad eſtuuieſſe excluydo ſu padre, & copioſiſsimé reſpondens omnibus fundamentis contrariæ opinionis, y trayendo todos los que ſon en fauor de aqueſta, Caſa-

nate conf.8.à num.17. vſque ad fin. vbi alios quã plurimos congerit.

75 ¶ Y en el caſo preſente procede con mayor razon que en otro alguno la opinion y reſolucion de todos los Doctores referidos, porque los legitimos de los naturales tienen llamamiento expreſſo por el fundador, por auer don Gaſpar del Adarve llamado a ſu hijo natural, y deſpues de el a ſus hijos legitimos, en quien es fuerça que tuuiera la miſma razon que queda conſiderada en el dicho don Tomas del Adarve; y aſsi auiendo llamamiẽto expreſſo de legitimos, de naturales, no puede eſtar excluydo el dicho don Tomas, por concurrir en el aqueſta calidad, y viene a tener llamamiẽto expreſſo, por hallarſe con la miſma que tuuieron los ſubſtituydos por el fundador, vt conſiderat Menoch. lib. 3. præſumpt. 79. num. 18. y 19. Ioan. Baptiſta Lupo de illegitimis, commentar. 1. §. 4. num. 16. verſ. *Quæ extenſio declaratur*, & num. 22. verſ. *Reſtringitur ſecundo*, & licet in alio caſu, fundando, que los que ſe hallan con la miſma calidad de los ſubſtituydos por el fundador deuan ſe tengan por llamados, y deuan ſer preferidos, Paulus de Caſtro conſ. 409. lib. 2. Ruino conſ. 141. n. 10. verſ. *Etiam poſito*, lib. 3. Socino iunior conſ. 102. num. 14. lib. 1. Peregr. de fideicom. art. 25. ex nu. 16. & præcipuè n. 32.

76 ¶ De que ſe ſigue, que la dicha calidad de legitimos, aunque ſe huuiera requerido abſolutamente por el fundador, que no ſe requiriò, vt oſtendimus ſupra, no huuiera ſido en toda la linea llamada, ſino tan ſolamente en la perſona que huuiera de ſuceder, y procediera la diſtincion que hazen los DD. inter vitium perſonale, ſeu lineæ, & inter qualitatẽ perſonalem, vel linealem, pues conſta que el fundador llamó a los legitimos de ſu hijo natural, con que ſolamẽte quiſo que huuiera la dicha calidad en los que ſucedieſſen, vt doctè conſiderat Corneus conſ. 119. num. 11. lib. 2. donde dize: *Quod quando excluditur perſona, propter aliquam*

quã

q̃ualitatē, q̃uæ inhæret personæ, personæ, tantum censetur exclusa, non autem ipsa radix, quæ non censetur affecta, quia vitium non est in linea, sed in persona, & optimé etiã resoluit Bald. in l. pactum quod dotale, quæst. 18. Alexander cons. 75. in fin. Y por esta razon dize Bart. in l. Gallus, in §. quid si is, ff. de lib. & posth. Que aunque el padre no puede instituyr a su hijo espurio, pero puede instituyr a el nieto, hijo de aquel espurio, porq̃ aquel vicio no es lineal, sino personal, & subijcit ita fuisse responsum, per omnes magnos DD. illorum locorum, & ita fuisse iudicatum per Rain. de Folvi, & Iacobum de Butrio, & hæc est magis recepta sententia, vt probat Rippa in l. 1. nu. 69. ff. solut. matrim. Ceph. dict. cons. 103. nu. 21. & 22 & hoc ante os firmauit Decius cons. 462. visa legitimat. 2. dubio, num. 17. & 18. vbi alios allegat Gabriel Paleot. tract. de notis, & spurijs, cap. 55. laté comprobat Tiraq. de retract. part. 1. §. 1. glos. 9. n. 72 & seqq. Francis. Bec. cons. 138. num. 34. lib. 2. & magis in terminis, nu. 43. vers. *Rursus.*

77 ¶ Y corre mas sin duda lo susodicho por no pretender el dicho don Tomas del Adarve la sucesion, y possessiõ de aquestos mayorazgos por hijo de su padre, si no por su propia persona, y nõbramiẽto particular q̃ en el hizo el dicho don Alonso de el Adarue, vltimo posseedor, porque la exclusion del padre no le perjudica a el hijo, si no es quãdo pretẽde suceder como heredero de su padre, ò representando su persona, pero no quando succedit, ex suo iure propio, & ex persona propia, que entonces la exclusion del padre antes le acelera el tiempo de suceder de la misma manera q̃ si el padre fuera muerto, vt docuit Bald. in Authent. cessante, num. 3. C. de legitim. hæredi. Socin. in l. Gallus, §. num de lege, nu. 5. ff. de liberis, & postumis, Fulgos. cons. 85. sub num. 2. Alex. cons. 75. nu. 12. lib. 1. Ias. cons. 115. num. 5. vers. *Cum ergô præsenti,* lib. 4. Dom. Gregor. Lopez in l. 3. tit. 13. part. 6. glos. magna, quæst. 22. vers. *Sed an exclusis,*

& optimé cum multis Francis. Beccio, dict. consf. 138. ex num. 29. y en nuestros propios terminos en fauor de hijo legitimo de padre natural, que por serlo estaua excluydo, ponderan aqueste fundamento, y distincion, Cephalo dict. cons. 103. per totam, Pancirolo dict. cons. 169. nu. 13. Torniel. dict cons. 83 n. 18. circa finem, lib. 1. Gonçalez in Regul. Cancellariæ, glos. 5. in principio, num. 16. & 17. & latissimè omnium, Beccio cons. 138. ex num. 26.

78 ¶ Y de aqui es, que en los mayorazgos en que ay llamamiento de varones con exclusion de hembras, aunque la madre esté excluyda, por ser muger, no lo estàn sus hijos varones por hallarse cõprehendidos en el llamamiento de tales, sin obstarles el medio inhabil de su madre, porque en el mayorazgo no se sucede ex persona matris, sino ex persona propia, vti tradunt Albens. cons. 86. num. 4. & 5. lib. 1. Mantica lib. 8. de coniectur. tit. 18. num. 16. Peregr. de fideicommissis, art. 26. nu. 1. & 2. Raudense lib. 1. de analog. cap. 15. nu. 15. eleganter Ant. Fabr. de erroribus pragmat. decade 28. cap. 8 y lo mismo tuui eron decissiuamente Guidon Pap. decis. 12. num. 3. Gamma decis. 294. Rota Romana decis. 6. part. 1. & decis. 15. num. 1. & decis. 150 nu. 9 part. 2. & obseruant Dom. Molina de primog. lib. 3. cap. 5. numer. 48. Mieres de maioratibus, 2. part. quæst. 6. num. 50. Auend. in l. 40. Tauri, glos. 9 nu. 74. & 75. Baeza de non meliorandis filiabus, cap. 7. n. 36. Valasco de iure emphitheosi lib. 1. quęst. 41. Caldas Pereyra de iure emphitheutico, cap. 50. sub num. 30.

79 ¶ Y es esto en tanto grado, que aunque la exclusion del padre prouenga, non ex causa particulari, sed ex causa publica, y por auer faltado a la Religion, sin embargo puede suceder su hijo, como procede en los hereges, que aunque por su delito son inhabiles de suceder en los mayorazgos, nihilominus se admitẽ sus hijos a la sucessiõ, porque en ellos cessa la razon de la ofensa de Dios, y de

y de estar apartados del gremio de la santa Iglesia, que es la que se considera en sus padres, ex tex. in l. cognouimus de hæreticis, cap. commisit, cap. statum de hereticis in 6. Simancas de Cathol. inst. tit. 29. num. 19. & in proposito, y en los mismos terminos de este pleyto, trae aqueste exemplo Lambert. de iure patronatus, 2. part. lib. 1. glos. 2. art. 32. num. 2.

80 ¶ Et tandem, es conclusion textual, y general en derecho, que en todos los casos que el padre estuuiere excluydo por la illegatimidad, ó por algun otro defecto, ò causa, ó calidad que en el se requiera, si no se halla en el hijo, podrà muy bien suceder por su persona, vt probat textus expressus in l. fin. C. de naturalibus liberis, vbi glos. extendit etiã in filio spurij, & eam sequitur Bartul. in l. Gallus, §. quid si is, ff. de lib. & posthum. vbi Iason num. 23. ait, hanc esse communem opinionem, & idem Iaso in l. hæreditas, num. 8. C. de his quibus vt indignis, Dom. Couarr. de sponsalibus, part. 2. cap. 8. §. 5. & cum alijs quam plurimis Pinelo in l. 3. C. de bon. mat. num. 20. & 21. vbi ad idem inducit elegantem textum in l. his qui ex bonis, ff. de lib. & posth.

81 ¶ Neque obstat prædictis la disposicion, dict. l. fin. C. de naturalibus liberis, que es el fundamento mayor de la opinion contraria, ni lo que en ella dizen Godofredo, Cino, Saliceto, Fulgosio, y otros q̃ refiere Tiraq. de primogen. q. 13. porque aquestos DD. hablan en sucessió abintestato, y la l. fin. no dezide cosa alguna que pueda prejudicar a esta parte, si no antes entendida, es muy en su fauor por tener dos partes. La primera que mira a la sucession ex testamento, y en esta al abuelo del padre natural, le dà la dicha ley amplissima facultad de poder dexar a el nieto lo que quisiere, y la segũda parte, que empieça desde el vers. *Ex his tantum*, mira a la sucesion abintestato, y en esta ay diferente razon, porque el hijo no puede suceder, si no es ex persona patris, y assi no se aplica,

ca, ni puede aplicar a la sucessión de los mayorazgos, y fideicomissos, y en los quales cada vno sucede por su propria persona, no por la de su padre, vt laté supra fundauimus, y assi el texto in d. l. fin. antes fauorece la opinion de los DD. que hablan en fauor desta parte.

82 ¶ Y en terminos que quando ay llamamiento expresso, como el dicho don Tomas le tiene en la eleccion que en el hizo don Alonso del Adarue, no tenga lugar la disposicion de el dicho texto, Lud. Casan. cons. 8. num. 20. ibi: *Nam respondo obiectum non procedere in successione, quæ directo, & nominatim defertur, ex dispositione, & vocatione expressa.* Y lo fundò con muchas autoridades respondiendo a la oposicion del dicho texto.

83 ¶ Neque etiam obstat, la autoridad de Mantica de tacitis, & ambiguis coniecturis, lib. 11. titul. 12. á num. 31. donde pretendiò responder a los fundamentos q̃ en fauor desta parte refiere Cephalo en el cons. 103 per totum, porque ni se atreuió a resoluer la question por la opinion cótraria, si no antes parece que quedò con la misma resolucion de Cephalo, vt videre est, num. 37. ibi: *Et hæc idem non scribo studio contradicendi, quod a me longe abesse existimo, sed causa inuestigandæ veritatis, amplius igitur deliberandum est: nam, & me tanti iuri authoritas, & sapientia semper plurimum mouit.*

84 ¶ Con que teniendo aquesta opinió tantos, y tan vrgentes fundamentos, y el autoridad de tantos, y tan grandes DD. pareçe que se deue determinar en su fabor; cum firmius sit, quod plurimorum iudicio confirmatur, vt probat text. in cap. prudentiam, de offic. delegati, vbi notat Abb. & Decius in cons. 605. num. 4. Beccio cons. 205. num. 29. lib. 2. Y assi se espera que se ha de determinar en fauor desta parte. Salva in omnibus, &c. D. V. D. S.

L. D. Diego Maldonado de Leon.